

Direito penal brasileiro: do idealismo normativo à realidade prática

Renato Flávio Marcão(*)
Promotor de Justiça – SP

Bruno Marcon(**)
Estagiário de Direito – SP

Sumário: 1 Introdução 2. Algumas regras para um direito penal de intervenção mínima 3 Ligeiras reflexões sobre a realidade do direito penal brasileiro. 4. Algumas medidas necessárias 5 Sobre a Lei nº 9.099/95. 6. Sobre a Lei nº 9.714/98 7. E a prevenção penal? 8. Conclusão

1. Introdução

Muito se tem discutido sobre a crise do direito penal, no Brasil e no mundo, e a discussão sobre o tema centra suas idéias fundamentais na necessidade de se rever o instituto da pena privativa de liberdade, as práticas punitivas em sentido amplo; de se estabelecer mecanismos despenalizadores ou descriminalizantes que passam pela intervenção mínima e pelos sistemas consensuais de justiça penal; a criação de um direito penal administrativo, como espécie dissidente do direito penal classicamente conhecido, que a partir de então poderia passar a ser chamado de direito penal de justiça;⁽¹⁾ de acentuar a aplicação das denominadas penas alternativas, ou substitutivos penais, como é da preferência de vários estudiosos da matéria, chegando-se ao extremo da proposta abolicionista, bem a gosto de Louk Hulsman

Como a dinâmica social, a dinâmica dos estudos com base filosófica e cunho científico vem proporcionando várias reflexões, ao que tudo indica, mais na sociedade e nos aplicadores do direito, do que na maioria das autoridades que integram os Poderes Legislativo e Executivo, como provam as legislações mais recentes (pelo menos da última década), marcadas pela ausência de rigor

(*) Mestre em Direito Penal pela Universidade Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional. Professor de Direito Penal e Processual Penal na UNIRP e UNIP, em São José do Rio Preto – SP. Sócio-fundador da AREJ – Academia Riopretense de Estudos Jurídicos. Coordenador Cultural da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo – Núcleo de S. J. Rio Preto – SP. Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP)

(**) Acadêmico da Universidade Paulista

(1) LOPES, Maurício Antonio Ribeiro “Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima” RT 757/408

técnico, fontes inesgotáveis de discussões jurídicas evitáveis e que só fazem tumultuar as instâncias recursais, sem contar, é claro, o característico distanciamento que se cria e sustenta diante dos anseios da sociedade e da comunidade jurídica, só superado pelo descaso explícito com relação a falta de estrutura que envolve a segurança pública *lato sensu*

É evidente que a legislação penal brasileiro precisa ser revista, contudo, não para se criar novas figuras penais, despenalizar condutas, aumentar ou reduzir drasticamente as penas, sem qualquer critério conhecido e aceitável, como vem ocorrendo. Por primeiro, destaca-se no panorama atual a necessidade de se rever a prática legislativa, estabelecendo rigor científico, sem descuidar da dogmática e dos princípios que informam a ciência penal, e, num segundo momento, administrar a segurança pública, ao menos aparelhando os mecanismos já existentes, de forma a viabilizar sua efetivação. Conforme asseverou José Carlos G. Xavier de Aquino,⁽²⁾ é chegada a hora de enxergar o sistema de uma forma científica, com os pés no chão e os olhos na realidade

A bem da verdade, é passada a hora de se agir da forma acima sugerida

Assim, o objetivo do presente trabalho é apenas estabelecer algumas considerações sobre a influência das Leis nºs 9.099/95 e 9.714/98 no Direito Penal brasileiro, destacando alguns aspectos que distanciam o ideal normativo da realidade prática, tão evidentes e de resultados deletérios

2. Algumas regras para um direito penal de intervenção mínima

No dizer de Maurício Antonio Ribeiro Lopes,⁽³⁾ “o princípio da intervenção mínima, foi produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais. Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que ‘quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas’; Beccaria advertia que ‘proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos’; e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescrevia que ‘a lei não estabelecesse senão penas estritas e evidentemente necessárias’ (art. VIII)”

Conforme assevera Claus Roxin,⁽⁴⁾ o direito penal é de natureza subsidiária “Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se”

(2) “O cárcere e o juiz criminal” “Execução penal – Visão do TACrimSP” São Paulo: Oliveira Mendes. 1998. pág. 132

(3) “Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima” RT 757/402

(4) “Problemas fundamentais de direito penal” Lisboa: Vega. 1986. pág. 28

Estabeleceu-se, nessa ordem de idéias, que o direito penal deve ser considerado a *ultima ratio* da política social, demonstrando a natureza fragmentária ou subsidiária da tutela penal. Só deve interessar ao direito penal e, portanto, ingressar no âmbito de sua regulamentação, aquilo que não for pertinente a outros ramos do direito.

Bem ao contrário da política criminal e da recomendação doutrinária que ora se adota, vemos no Brasil um direito penal absolutamente desproporcional aos limites de seu âmbito científico, vale dizer, há muito no direito penal que não é, ou pelo menos não deveria ser, de direito penal.

A denominada inflação legislativa no âmbito do direito penal, desproporcional à realidade que a recebe, e desacompanhada de qualquer estruturação administrativa para a aplicação efetiva das normas, gerou o caos normativo e a desordem prática, de maneira que não se pode afirmar, com segurança, qual o pensamento do legislador penal brasileiro; qual a finalidade do direito penal brasileiro, e de consequência, qual a finalidade da pena no direito brasileiro.

É preciso delimitar o âmbito de interesse do direito penal, e saber que o sucesso da intervenção mínima pressupõe, também, um mínimo de condições de aplicabilidade das normas, o que reclama, no mínimo, uma legislação técnica e coerente, além da necessidade de estruturação dos órgãos de jurisdição, e aparelhamento dos mecanismos de execução das penas.

3. Ligeiras reflexões sobre a realidade do direito penal brasileiro

Com arguta visão e notável poder de síntese, Jorge Henrique Schaefer Martins⁽⁵⁾ assim descreve a realidade nacional: "... a criminalidade tem raízes muito mais profundas que uma análise rápida pode expor: a problemática social, a perspectiva de ascensão célere no meio marginal, impensável com o dispêndio de trabalho honesto, a excessiva procura por drogas, a ganância, o desprezo pelas gerações futuras, tudo produzindo o crescimento desordenado da marginalidade, em contraposição às dificuldades do Estado em preservar a segurança dos cidadãos, seja pelo não aparelhamento e pela má remuneração daqueles dela encarregados, como pela visão míope do problema. Acresce-se a isso o fato de o sistema carcerário brasileiro ser considerado como um dos piores do mundo, devido à superlotação nas prisões e à violação dos direitos humanos".

Por isso, correta a afirmação de Marco Antonio de Barros⁽⁶⁾ no sentido de que "a dignidade do Direito Penal está seriamente abalada em nosso País"

(5) "Direito penal no futuro: paradoxos e projeções". RI 773/476

(6) "Abalos à dignidade do direito penal". RI 747/485

Não são poucas, evidentemente, as causas que concorrem para o descontrole dos índices de criminalidade, que só fazem crescer.

A maior razão da propalada crise de efetividade da jurisdição, e da pena, no direito penal brasileiro, decorre da ausência de uma adequada visão do problema e da ausência de uma política criminal acompanhada de legislação correspondente. Conforme advertência de Claus Roxin,⁽⁷⁾ "o direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica".

As estatísticas revelam o aumento quantitativo da população, o baixo aproveitamento em todos os graus de ensino, a ausência de capacitação profissional da maioria, os índices de desemprego. A educação é falha e os estímulos para uma boa formação moral são quase inexistentes, restam pequenos oásis. A má formação das crianças e adolescentes, a desesperança, os exemplos de impunidade, a ausência de punição severa em relação aos crimes graves, os domínios do crime organizado, do crime globalizado e do narcotráfico, os incontáveis problemas sociais, são só alguns fatores, que aliados ao descaso para com a Justiça, contribuem de forma decisiva para a elevação dos índices de criminalidade.

Em contrapartida, sem que se perceba qualquer preocupação, e principalmente um agir efetivo, no sentido de viabilizar a eficácia dos órgãos incumbidos da persecução penal em sentido amplo, e de proporcionar a completa aplicação da Lei de Execução Penal,⁽⁸⁾ que é de 11 de julho de 1984, o legislador se prodigaliza na criação de leis e mais leis penais, para que não sejam cumpridas. Leis confusas, pessimamente elaboradas, que só fazem tumultuar as lides penais e as instâncias recursais, conforme acima afirmado, difundindo insegurança e incerteza junto a população e aos profissionais comprometidos com a distribuição da justiça.

Como marco inicial da última década, no tocante aos "equivocos" legislativos que provocaram incontáveis discussões e recursos criminais evitáveis, utilizo mais uma vez as palavras do Magistrado Jorge Henrique Schaefer Martins,⁽⁹⁾ que assim se expressa: "Dentre inúmeros exemplos, destaca-se a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente que, buscando resguardar o objeto de suas deliberações, criou parágrafos únicos aos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), nos quais estipulava formas qualificadas quando tais tipos de delitos fossem praticados contra crianças. Ocorre que o

(7) "Política criminal e sistema jurídico-penal". Trad. de Luís Grecco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, pág. 82.

(8) Lei nº 7.210, de 11.7.1984.

(9) Artigo citado, RI 773/477.

ECA só passou a vigor seis meses após sua publicação e, nesse interim, entrou em vigor a Lei dos Crimes Hediondos, que redesenhou as penas previstas pelo *caput* dos dois artigos do Código Penal mencionados, tornando-as muito mais gravosas. Esqueceu-se o legislador, no entanto, de mencionar expressamente a revogação dos parágrafos únicos, os quais, de forma paradoxal, tratando de condutas qualificadas, continham penas inferiores aos crimes praticados em sua forma simples. Isso provocou manifestações doutrinárias divergentes, julgados díspares, por entenderem alguns ter havido a derrogação da norma inserida pelo ECA, enquanto outros diziam da imprescindibilidade da disposição expressa. A correção ocorreu somente anos após⁽¹⁰⁾.

Mas não é só. Num breve rol de imperfeições técnicas, inadmissíveis ao legislador sábio e prudente, poderíamos citar⁽¹¹⁾ a questão da aplicação, ou não, do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos; as inúmeras discussões que se estabeleceram sobre regras dúbias de alguns institutos da Lei nº 9.099/95; a Lei nº 9.268/96, que aniquilou a pena de multa e criou discussões as mais variadas quanto a legitimação ativa para a execução, o juízo competente, a própria natureza jurídica do instituto etc.; a Lei nº 9.271/96, com a discussão que se instalou sobre sua retroatividade total ou parcial, ou sua irretroatividade, a natureza de suas regras (processuais, penais ou mistas); a "Lei de Tortura",⁽¹²⁾ que permitiu a progressão de regime nos crimes que elenca, mesmo sendo hediondos, quando há vedação na Lei dos Crimes Hediondos, estabelecendo discussão também quanto a sua extensão, que não foi explicitada pelo legislador, que nos parece ter agido de forma desatenta quando da permissão, na contramão do momento, as impropriedades do Código de Trânsito brasileiro⁽¹³⁾ (até no nome); a "Lei dos Remédios" punindo a adulteração/falsificação de cosméticos, na mesma intensidade que os remédios propriamente ditos; e para não alongar demais o rol, a "Lei de Armas de Fogo",⁽¹³⁾ que apenas em relação a data de sua entrada em vigor permitiu a formação de quatro correntes jurisprudenciais. Poderíamos citar, ainda, e por fim, a Lei nº 9.714/98, conhecida como a "Lei das Penas Alternativas", cujo rol de impropriedades e ausência de rigor técnico é maior do que a própria lei.

4. Algumas medidas necessárias

Adotando-se o direito penal de intervenção mínima para o modelo brasileiro, é inafastável a necessidade de se proceder a um estudo profundo, por Doutores no assunto, providenciando-se uma proposta em termos de

(10) Sem preocupação com a ordem cronológica

(11) Lei nº 9.455/97

(12) Lei nº 9.503/97

(13) Lei nº 9.437/97

codificação dos tipos penais e processuais penais, e o necessário no âmbito político-legislativo para as adequadas modificações, que não podem emergir do pântano atual sem muita cautela.

Como já advertia Cesare Beccaria⁽¹⁴⁾ "uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência". E arrematava o ilustre filósofo: "Desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e evidentes".

Tais mudanças reclamam uma exata compreensão dos limites e do alcance que se deve dar ao direito penal, deixando para as demais áreas de atividades do Estado aquilo que a cada uma couber com exclusividade.

A cada ramo do direito o que lhe pertence, com as sanções correspondentes, onde houver.

Não basta, contudo, a mudança na prática legislativa, que deve pautar por um melhor rigor técnico e científico, de forma a reduzir o âmbito de atuação do direito penal aos limites de seu efetivo interesse enquanto ciência, sem provocar aqueles indesejados e evitáveis debates estéreis decorrentes da prática oposta.

Tais mudanças, se desacompanhadas de uma necessária reflexão e tomada de postura frente ao problema da falta de estrutura dos órgãos do Poder Judiciário e de execução penal (que fazem muito pelas condições de que dispõem), de nada adianta.

A título de exemplo, dentro dessa ordem de idéias, calha mencionar que Rui Stoco⁽¹⁵⁾ apresenta o seguinte rol, que denominou causas supralais de impunidade (voluntárias, involuntárias, naturais e culturais): 1. Desaparelhamento do Poder Judiciário; 2. Número insuficiente de Juízes (o Poder Judiciário de São Paulo está com mais de 500 cargos vagos, de forma crônica, pois não consegue preenchê-los); 3. Insuficiência de recursos para o Poder Judiciário; 4. Lentidão da Justiça, provocando a prescrição retroativa ou intercorrente, em razão dos prazos prescricionais curtos, principalmente nos crimes não violentos, nos de natureza financeira, negocial, empresarial e nos delitos decorrentes das relações de consumo; 5. Pais que não educam corretamente os filhos, deixando de corrigi-los adequadamente; 6. Ausência, por parte do professor, de orientação e transmissão aos alunos da noção de valores sociais e sua preservação; 7. Sistema prisional inadequado em todo o país; 8. Carência de penitenciárias, casas de detenção e institutos penais; 9. Desaparelhamento de pessoal e material nas polícias Civil e Militar; 10. Falta de preparo e especialização da força policial.

(14) "Dos delitos e das penas" Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, pág. 92

(15) "Impunidade - Razões e formas" RI 742/471

As advertências não são feitas por acaso, conforme procurarei demonstrar nas reflexões que seguem.

5. Sobre a Lei nº 9.099/95

Conhecidas as ponderações acima, quadro evidente da realidade, não se pode negar a propalada crise do direito penal.

Com efeito, do interior dessa crise, assevera Edilson Miguel da Silva Jr.,⁽¹⁶⁾ das suas contradições, emerge a Lei nº 9.099/95 – parte criminal. Trata-se de algo tão diferente e tão outro que será absurdo falar em continuidade ou avanço do sistema punitivo – é um novo sistema penal.

Admita-se. Trata-se de um novo sistema penal, ou, como prefere Maurício Antonio Ribeiro Lopes,⁽¹⁷⁾ um microssistema de justiça penal, que apesar de seu pretendido avanço, não está isento de críticas fundadas.

A Lei nº 9.099/95, dentre tantas inovações, abriga o princípio da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62). Estabelece a necessária tentativa de composição civil, que se frutífera acarretará a extinção da punibilidade (art. 74); prevê a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89), e, ainda, insere a representação como condição de procedibilidade nas ações penais por crimes de lesões corporais dolosas leves e lesões culposas (art. 88).

No tocante aos princípios a prática tem demonstrado que a oralidade continua sendo escrita; a informalidade se ajustou ao cotidiano, e de certa forma, também a economia processual e a celeridade, exceto no que tange a inafastável necessidade de expedição de cartas precatórias nos casos em que a prática de determinados atos devem ocorrer fora dos limites da comarca processante. Entretanto, como decorrência da não instalação dos Juizados Especiais, como determina a Lei, a celeridade fica mitigada, porquanto sujeita à acomodação da pauta do Juízo Comum.

A reparação dos danos tem se revelado de difícil alcance, não só em razão das dificuldades que decorrem da apuração dos valores envolvidos, mas, sobretudo pela falta de disposição das partes, ou pelo menos de uma delas, que prefere (m), no mais das vezes, percorrer os caminhos da morosidade na jurisdição civil.

Em torno da suspensão condicional do processo as discussões jurisprudenciais e doutrinárias não são poucas, mesmo assim, quer nos parecer que o instituto tem alcançado seu objetivo, atendendo ao ideal normativo.

(16) Sistema penal consensual não punitivo – Lei nº 9.099/95. RT 762/510

(17) “Princípio da insignificância no direito penal”. São Paulo: Ed. RT, 2000. pág. 187.

No tocante a representação do ofendido, como já acentuei em outra ocasião,⁽¹⁸⁾ importa destacar que segundo lição de José Frederico Marques,⁽¹⁹⁾ a ação penal pública condicionada pode depender de representação do ofendido, nos casos taxativamente previstos em lei. Embora o crime atinja um bem jurídico, cuja tutela penal interessa precipuamente ao Estado, figuras delituosas existem em que a pretensão punitiva somente surge quando o sujeito privado, que desse bem jurídico é titular, também tenha interesse na punição do autor da infração penal, e isso por motivos vários, que vinculam a própria tutela penal ao poder dispositivo do sujeito passivo do crime. Quando mais acentuada essa subordinação, o Estado transfere ao titular do bem jurídico, atingido ou ameaçado, o direito de ação e o direito de acusar: são os casos de ação penal privada. Hipóteses existem, no entanto, em que o interesse público na punição do crime fica menos subordinado à vontade do ofendido, e, por isso, lhe não transfere o Estado o direito de acusar, mas tão-só condiciona à sua provocação o início da *persecutio criminis*: são as hipóteses da ação penal pública dependente de representação.

Nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, esta deve ser o primeiro ato do processo penal em sentido amplo, cuja primeira fase é o inquérito, de regra, porquanto não imprescindível, e este não pode ser iniciado sem aquela.

No quadro dos direitos subjetivos, é ela de natureza pública e se enquadra como notícia de crime, dentre os direitos emanados do *status activae civitatis* da classificação de Jellinek.

Mas a representação não é só *notitia criminis*,⁽²⁰⁾ uma vez que contém indistigível sentido postulatório. Quem se apresenta ao juiz, promotor ou autoridade policial não lhes está dando apenas conhecimento de um delito, mas também pedindo a prática de atos persecutórios e a própria propositura da ação penal. Esse pedido nada mais traduz, nos quadros dos direitos públicos subjetivos, que o exercício de um direito cívico, isto é, de um direito filiado ao *status civitatis*. Esta, aliás, é a conceituação de Battaglini ao estudar o direito de querela.

Adotando os ensinamentos de Tourinho Filho,⁽²¹⁾ cumpre ponderar que, na doutrina, inúmeros juristas têm profunda aversão em reconhecer a influência da vontade particular quanto à aplicação da lei penal. Binding, no seu “*Handbuch*”, nº 1.706, apresentou sete inconvenientes e que são conhecidos como o “ato de acusação de Binding”. Ei-los: 1º Prejuízo do Estado, como

(18) “Anotações sobre o crime de furto e sua redação no Anteprojeto de Código Penal”. RT 767/474

(19) “Elementos de direito processual penal”. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, pág. 316

(20) MARQUES, José Frederico. “Estudos de direito processual penal”. Rio de Janeiro: Forense, 1960. pág. 111.

(21) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. “Processo penal”. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. I. págs. 334-335.

titular do *jus puniendi* e do poder de indultar; 2º Prejuízo do ofendido, a quem não foi possível apresentar a tempo a representação, ou que teve um representante inativo; 3º Lesão ao princípio de justiça de que toda a culpa deve ter sua retribuição; 4º Abandono da autoridade do Estado ao arbítrio privado; 5º Condições favoráveis ao criminoso, que, com frequência, se subtrai à pena; 6º Condição favorável para o ofendido, que, às vezes, comercia o seu direito e é impelido a extorsões; 7º Facilidade do representante legal do ofendido para descuidar, sem consciência, dos interesses do representado.

E segue o Ilustre Professor: "No mesmo sentido, as objeções de Tolomei, Ottorino Vannini, Ricio, Florian, Ferri, Maggiore e outros. Maggiore entende que não se concebe permitir-se tal direito ao particular. Só o Estado é que deve ser o árbitro sobre o direito de se proceder ou não"

É certo e reclama destaque, por conseguinte, que condicionar a ação penal à representação do ofendido restringe demasiadamente a atividade persecutória do Estado, uma vez que se extingue a punibilidade, por ocorrer a decadência,⁽²²⁾ se o ofendido, ou seu representante legal, em sendo o caso, não a apresentar dentro de seis meses, de regra contados do dia em que se tomou conhecimento de quem foi o autor do ilícito⁽²³⁾

Comentava-se, não faz muito tempo, e as estatísticas da época comprovaram, que grande parte dos processos criminais em curso tratava de crimes de lesões corporais dolosas, de natureza leve, e culposas, notadamente aquelas decorrentes de acidentes de trânsito

Para resolver o problema do numeroso volume de processos criminais, qual foi a solução adotada pelo legislador?

O procedimento célere, informal e econômico da Lei nº 9.099/95?

Não só.

A solução encontrada e aplicada naquele momento veio regulada notadamente pelos artigos 88 e 91 da lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais e que condicionou as ações penais nos crimes de lesões corporais dolosas, de natureza leve, e culposas, à representação do ofendido. De públicas incondicionadas passaram a públicas condicionadas

Foi o que bastou. O resultado da alteração é cediço.

A maior parte das vítimas não oferece representação. A nosso sentir e experiência, não por opção, mas por falta de cultura, orientação etc. Contribui para o quadro o fato dos Juizados Especiais Criminais ainda não estarem

(22) Art. 38 do CPP.

(23) MARQUES, José Frederico. *Op. cit.* pág. 317

instalados conforme estabelecidos em Lei e a ausência de estrutura, que dificulta a aplicação eficaz das normas ditadas

No geral, não se trata de uma visão pessimista, pura e simplesmente. Trata-se da realidade prática, à qual não corresponde o anunciado ideal normativo

Com efeito. Também importa destacar que o Código Penal estabelece em seu artigo 44 que as penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, portanto, aquelas não são aplicadas diretamente, apenas de forma substitutiva. Mesmo assim, nos termos da Lei nº 9.099/95, não se permite, pela via da transação penal, a aplicação de pena privativa de liberdade. Aplica-se, portanto, de forma direta, pela via da transação homologada, penas restritivas de direitos ou multa.

E mais. Sem ingressar na pertinente questão da culpa penal na Lei nº 9.099/95, outros problemas chamam a atenção quando se põe em prática a citada lei.

Exemplo claro de inquietação refere-se às conseqüências do não cumprimento da transação homologada, já que sobre o tema não há consenso doutrinário e jurisprudencial.

Há quem entenda que "homologada a transação penal realizada nos termos do artigo 76 da Lei nº 9.099/95, com efeito de coisas julgada, o não recolhimento da multa imposta possibilita apenas a sua execução, e não o prosseguimento do feito"⁽²⁴⁾ "No caso de não ser a multa recolhida pelo acusado, caberá ao Juízo promover-lhe a execução, e não receber denúncia ofertada pelo Ministério Público, eis que, com a transação homologada, fica exaurida a prestação jurisdicional"⁽²⁵⁾

Por outro lado, não são poucas as decisões no sentido de que "a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/95, gera, única e exclusivamente, coisa julgada formal, em face do princípio *rebus sic stantibus*, e, sendo assim, a partir do momento em que o autor da infração descumpe o acordo firmado com o Membro do *Parquet*, não se submetendo às regras de conduta impostas pela decisão homologatória, o que foi transacionado perde sua eficácia e surge para o Ministério Público o dever de promover a Ação Penal, tornando-se insubsistente a transação que não foi honrada"⁽²⁶⁾

(24) IACrimSP, Ap. nº 1.090.985/1. 5ª Câmara. Rel. Juiz Claudio Caldeira, j. em 9/6/1998. v.u. RJTACrimSP 41/216

(25) IACrimSP, RSE nº 1.102.207/3. 15ª Câmara. Rel. Juiz Décio Barretti, j. em 4/6/1998. v.u.

(26) IACrimSP, Ap. nº 1.108.763/8, 2ª Câmara, Rel. Juiz Osni de Souza, j. em 13/8/1998. v.u. RJTACrimSP 41/92

Quanto a possibilidade de conversão da transação pecuniária não cumprida, já se decidiu que “em nosso atual sistema penal não existe mais a possibilidade de a multa ser convertida em detenção, uma vez que revogados os artigos 51 e parágrafos, do CP e 182 da LEP, com o advento da Lei nº 9.268/96, devendo, pois, a execução da pena pecuniária ocorrer nos termos da nova redação do artigo 51 do CP, c.c. art. 164 da Lei nº 7.210/84”,⁽²⁷⁾ e que, “é inadmissível a conversão de pena pecuniária em restritiva de direito a réu condenado ao pagamento de multa, resultante de transação prevista no artigo 72 da Lei nº 9.099/95, por ausência de critério legal, devendo tal dívida ser inscrita para cobrança judicial”,⁽²⁸⁾ pois, “no sistema do nosso Código Penal jamais houve previsão para admitir-se a pretendida conversão da multa em pena restritiva de direitos. Nesse Código, as penas restritivas de direito só são admitidas como penas substitutivas da pena corporal, não existindo a possibilidade legal de substituírem a sanção pecuniária. É o que se infere do que vem disposto no artigo 44, *caput*, do Código Penal: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade...”⁽²⁹⁾

Mas também tem se decidido que “a falta de recolhimento da pena de multa, acordada na audiência preliminar, enseja a aplicação do artigo 85 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, i.e.: será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei”⁽³⁰⁾ e também que “o artigo 51 do Código Penal, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 9.268/96, não impede a conversão da multa em pena restritiva de direitos; defesa é unicamente sua conversão em pena privativa de liberdade. Pelo que, se o autor do fato, havendo aceito a proposta de transação, recusa-se a recolher a multa, cabe substituí-la por pena restritiva de direitos, v.g.: prestação de serviços à comunidade”⁽³¹⁾

E as penas restritivas de direitos, decorrentes de transação homologada e não cumprida? Conversão? Em que? É constitucional convertê-las em prisão?

Obrigado o apenado à prestação forçada é impossível.

E a estrutura dos Juizados Especiais Criminais, até hoje inexistente?

O ideal normativo corresponde à realidade prática? Quais as razões?

É forçoso concluir que a excessiva falta de rigor técnico na elaboração de nossas leis penais tem levado o aplicador do Direito a preocupações e discussões em todas as instâncias recursais, absolutamente evitáveis.

(27) IACrimSP, Ag. em Execução nº 995.713/3, 1ª Câm., Rel. Juiz Pires Neto, j. em 11.4.1996, v.u. RJTACrimSP 32/78.

(28) STF, HC nº 78.200-8-SP, 1ª T., Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 9.3.1999, DJU de 27.8.1999, RT 771/521.

(29) IACrimSP, Ag. em Execução nº 1.082.993/3, 1ª Câm., Rel. Juiz Pires Neto, j. em 15.1.1998, v.u.

(30) IACrimSP, Ap. nº 1.036.129/7, 13ª Câm., Rel. Juiz Abreu Oliveira, j. em 10.12.1996, v.u.

(31) IACrimSP, AE nº 1.054.295/4, 2ª Câm., Rel. Juiz Silvério Ribeiro, j. em 24.4.1997, v.u.

Avoluma-se o rol de inquietações com a ausência de recurso e de estrutura para a aplicação eficaz da Lei, ainda que nos termos em que se encontra.

6. Sobre a Lei nº 9.714/98

Quanto as penas alternativas, outras inquietações surgem.

Nos termos da antiga redação do artigo 44 do Código Penal, antes da Lei nº 9.714/98, era possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que, entre outros requisitos, fosse ela inferior a um ano.

O Anteprojeto de Código Penal, que visa apresentar proposta de mudança na parte especial do código em vigor, de forma excepcional passou a cuidar das denominadas penas alternativas, e propunha a possibilidade de conversão das privativas de liberdade aplicadas, entre outros requisitos, quando não fossem superior a dois anos.

A Lei nº 9.714/98 passou a permitir a substituição da pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, em se tratando de crime doloso,⁽³²⁾ por “penas alternativas”, desde que presentes nos demais requisitos que elenca.

Impropriedades técnicas contidas na referida lei permitiram, mais uma vez, discussões as mais variadas, também evitáveis.

Dentre tantas, destacam-se: a falta de indicação quanto a natureza da violência a que se refere o artigo 44, inciso I, se real ou presumida, com implicações no tocante aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor tentados, com violência presumida; a questão relacionada aos crimes dos artigos 129, *caput*, 146 e 147, do Código Penal, infrações de pequeno potencial ofensivo que poderiam estar fora do âmbito de alcance das penas alternativas, o que não deixaria de ser um contra-senso, ou ainda a questão do crime de roubo próprio, sem violência ou grave ameaça, praticado “... depois de haver reduzido a vítima à impossibilidade de resistência por qualquer meio”, hipótese que Damásio E. de Jesus chama de violência imprópria.

A questão de não se permitir a substituição nas hipóteses em que o réu seja reincidente em crime doloso, quando o artigo 44, § 3º, admite que o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

De relevância, ainda, mencionar a polêmica que se estabeleceu em torno da possibilidade de aplicação, ou não, aos condenados por crime de tráfico de entorpecentes, pois não foram poucas as decisões no sentido de que “a simples

(32) Se o crime for culposos não há restrição quanto ao limite da pena.

alegação de ser o crime hediondo não obsta a substituição da pena. Se o legislador não fez qualquer restrição nesse sentido, não cabe ao intérprete fazê-la. Preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos, previstos no artigo 44 do CP, com as alterações da Lei nº 9.714/98, nenhum impedimento existe para que a pena privativa de liberdade, no caso de crime de tráfico, seja substituída por restritiva de direitos”,⁽³³⁾ muito embora tenha prevalecido o entendimento oposto, segundo o qual “a Lei de Tóxicos por ser especial, não se submete aos ditames da Lei nº 9.714/98, pois o crime de tráfico de entorpecentes revela uma gravidade peculiar, ferindo o equilíbrio social e desestabilizando a sociedade, tanto assim que, por força de norma constitucional, é assemelhado aos crimes hediondos, cuja pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado, determinação esta que se mostra incompatível com a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”.⁽³⁴⁾

Comporta menção, por fim, a duvidosa constitucionalidade da regra contida na parte final do § 4º do artigo 44, quando cuida da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade em razão do descumprimento injustificado da restrição imposta, determinando que no cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

7. E a prevenção penal?

Grande parte das penas decorrentes de transação penal, conforme regula a Lei nº 9.099/95, não são efetivamente cumpridas.

As razões são por todos conhecidas.

Aceita-se a transação com a aplicação de pena exclusivamente pecuniária. A multa transacionada não é paga, e com tem prevalecido o entendimento de que resta a possibilidade de execução da avença, passa-se à dolorosa fase, que, nos termos da Lei nº 9.268/96 remete o credor aos percalços de uma singela dívida de valor.

Novas discussões surgem, e para não alongar sobre o tema, basta citar dois aspectos ainda controvertidos.

Alguns julgados indicam que parte legítima para a execução da multa é o Ministério Público, pois “a redação dada pela Lei nº 9.268/96 ao artigo 51 do CP não autoriza concluir que a reprimenda pecuniária foi transformada em simples débito monetário, perdendo a sua natureza sancionatória, tendo sido o termo “dívida de valor” empregado para que se entenda que a multa terá o mesmo tratamento de crédito fiscal, sendo, portanto, obrigatória a sua atualização monetária. A Lei nº 9.268/96, visando dar mais eficiência, celeridade

(33) TJMG Ap nº 148.427-8. 1ª Câma Crim, Rel. Des. Zulman Galdino, j. em 29.6.1999, v.u.

(34) TJSP, Ap nº 269.115-3/9-00, 3ª Câma, Rel. Des. Segurado Braz, j. em 25.5.1999, v.u. RI 768/561.

e força executória à ação de cobrança, aplicou à ação de execução da pena pecuniária o mesmo regime processual da execução fiscal, sem, no entanto, revogar o artigo 164 da LEP, que confere legitimidade ao Ministério Público para promover a cobrança do valor da multa”.⁽³⁵⁾

Outros, entretanto, sustentam que “desde o advento da Lei nº 9.268/96, compete ao Estado, através de seus Procuradores, cobrar dívida correspondente à pena de multa, imposta em processo criminal (CP, art. 51). O Ministério Público carece de legitimidade para tal cobrança”.⁽³⁶⁾

No tocante à competência jurisdicional, ora decide-se que “a Lei nº 9.268/96, ao dar nova redação ao artigo 51 do CP, não alterou a competência para a cobrança executória da pena de multa, que continua sendo do juízo das Execuções Criminais, regido o processo pelos artigos 164/169 da LEP, e legitimado o Ministério Público para a sua promoção e acompanhamento”,⁽³⁷⁾ e que, portanto, “o curso da execução deve ter início no juízo das Execuções Criminais”,⁽³⁸⁾ mesmo porque, se ocorrer algum incidente na execução, o Juízo fazendário não tem competência para solucioná-lo, a teor do artigo 118, § 1º, da LEP”.⁽³⁹⁾

Ora decide-se que “a pena de multa, após a modificação trazida pela Lei nº 9.268/96, deve ser executada pela Fazenda Pública, sendo o Juízo competente para esta execução o da Vara das Execuções Fiscais, pois a nova Lei não retirou o caráter penal da sanção pecuniária, mas apenas passou a considerá-la como dívida ativa para fins de execução, de tal forma que, para outras finalidades, continua com o mesmo caráter punitivo”.⁽⁴⁰⁾

Sem contar a existência de decisão no sentido de que “no que concerne à execução dessa dívida de valor, a qual se conferiu característica de crédito fiscal, destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, matéria essa, de competência legislativa da União. Diante dessas observações resulta evidente que a competência para execução da dívida ativa da União, decorre de multas penais, incumbe à Fazenda Nacional. Este entendimento já foi esposado por esta Colenda Quarta Câmara Criminal, na Carta Testemunhável nº 231.068-3/0. Outrossim, também é de se concluir que o Ministério Público Estadual

(35) TACrimSP, Ag. em Execução nº 1.039.721/8, 14ª Câma, Rel. Juiz Renê Ricupero, j. em 28.1.1997, v.u. RJTACrimSP 35/61.

(36) STJ, REsp. nº 184.906-SP, 1ª T, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 25.5.1999, DIU de 1º 7.1999, RI 768/539.

(37) TJSP, Ag. nº 227.174-3/0, Rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. em 17.6.1997, v.u.

(38) TACrimSP, Ag. em Execução nº 1.045.965-1, 11ª Câma, Rel. Juiz Renato Nalini, j. em 31.7.1997, v.u.

(39) TACrimSP, Ag. em Execução nº 1.045.375, 15ª Câma, Rel. Juiz Geraldo Lucena.

(40) TACrimSP, Ag. em Execução nº 1.045.381/7, 4ª Câma, Rel. Juiz Péricles Piza, j. em 18.2.1997, v.u. RJTACrimSP 35/63.

também não é órgão fiscal competente para promover a execução da dívida ativa, motivo pelo qual determina-se a remessa dos autos à uma das varas da Justiça Federal".⁽⁴¹⁾

Superadas as controvérsias, ultrapassados os incontáveis recursos que irão discutir desde a legitimidade, a competência, índices de atualização, necessidade ou não de inscrição do valor na dívida ativa etc., chega-se a um outro problema. Quase sempre o devedor não tem condições de pagar. Procura-se bens para a penhora e tais não são encontrados. Quando penhorados, não surgem interessados na arrematação. Isso para não dizer dos parcelamentos requeridos, deferidos, impagos, e as incontáveis vistas, conclusões, intimações, estas, quase sempre desatendidas, e, por fim, o processo irá aguardar no arquivo, nos termos do artigo 40, da Lei nº 6.830/80, e posteriormente ocorrerá a extinção da punibilidade.

Até no momento extremo abre-se nova discussão, agora no tocante à prescrição, que para muitos regula-se pelo prazo da dívida ativa, e para outros tantos pelo prazo da prescrição penal. Existem julgados em ambos os sentidos.

E então surgem novas indagações. A litigiosidade social-penal foi resolvida efetivamente? A Lei atende à prevenção especial ou à prevenção geral? Há uma finalidade correccionalista, ou mesmo ressocializadora? É possível falar em Defesa Social?

Que não se queira cogitar a hipótese de retribuição, expiação, nos termos da teoria absoluta da pena.

Impera, sob a égide da Lei nº 9.099/95, a mais clara impunidade.

Este novo sistema penal, ou microsistema de justiça penal, na forma como se encontra, da maneira como vem sendo praticado, representa um pré-abolicionismo, pois, conforme lembra Maurício Martínez Sánchez,⁽⁴²⁾ os abolicionistas vêem no sistema civil um modelo que pode substituir o atual sistema penal.

Vale mencionar que, certa feita, após uma audiência onde ocorreu transação penal, com aplicação de pena exclusivamente pecuniária, ouvi o autor do fato dizer ao seu defensor, tranqüilamente: "Se eu soubesse que só pagaria isso por ter batido nessa mulher que me atormenta a tanto tempo, já teria batido antes e outras vezes".

O resultado final do procedimento sobre o qual fora feito tal comentário não é menos desalentador. A multa transacionada não foi paga; foi pedido o parcelamento, que também não foi cumprido, mesmo após inúmeras intimações, não foram encontrados bens penhoráveis, e a execução aguarda no arquivo o pagamento espontâneo do débito ou a extinção, como preconiza a Lei nº 6.830/80.

(41) TJSP, Ag. em Execução nº 267.336-3/2-00, 4ª Câm., Rel. Des. Mattos Faria, j. em 2.3.1999. v.u.

(42) "La abolición del sistema penal". Bogotá: Temis, 1995. pág. 90.

Dizer, indistintamente, que a Lei nº 9.099/95 trouxe um avanço positivo no Direito Penal brasileiro é algo que necessita ser repensado.

Uma coisa é a análise do ideal normativo, outra, bem distante, é a constatação dos efeitos práticos, verdadeiramente deletérios.

Não se deve esquecer, ainda, que o autor do fato pode aceitar uma proposta de transação em uma comarca, e na vizinha comarca aceitar uma outra, inobstante a proibição legal que encerra o disposto no § 4º do artigo 76, pois, como é cediço, não há qualquer controle cadastral sobre os Termos Circunstanciados, de molde a impedir tal realidade que é de fácil constatação.

A litigiosidade social não diminuiu com a edição da Lei nº 9.099/95, ao contrário, só faz aumentar, não em razão dela evidentemente. Por outro lado, importa indagar se sua finalidade tem sido alcançada.

Tem se revelado eficaz o microsistema de justiça penal em apreço? Ou o resultado prático não importa?

A resposta é clara: Hoje, não se pode falar que ele é eficaz nem mesmo para reduzir o número volumoso de feitos criminais.

É bem verdade que a prestação jurisdicional nos delitos de menor potencial ofensivo se tornou um pouco mais célere do que nos processos que não se encaixam nos Juizados Especiais Criminais, todavia, o resultado tem se revelado muito mais danoso.

Não se pode deixar de mencionar, também no plano prático, que em muitas comarcas têm sido realizadas transações penais em casos que jamais sustentariam o ajuizamento de ação penal. Verdadeiras situações penais temerárias.

Por onde se queira ver, o quadro não é alentador.

A intenção pode ter sido boa, das melhores acredito, contudo, sem as correções normativas e a necessária estruturação para a efetiva instalação e funcionamento dos Juizados, a tendência é que se continue a realizar transações e mais transações, apenas com a finalidade de "encerrar o caso e não ser preciso voltar mais ao Fórum", e de reduzir o número de feitos nas estatísticas das serventias judiciais, sem qualquer preocupação com o direito penal e sua verdadeira finalidade social.

Na Lei nº 9.714/98, mais grave que suas impropriedades técnicas só a realidade no tocante a execução das penas que encerra.

Faltam estabelecimentos com disponibilidade para receber os apenados. Não há controle efetivo do cumprimento das penas, a fiscalização é nenhuma.

Falar mais é superfetação.

8. Conclusão

Segundo Eduardo C. B. Bittar,⁽⁴³⁾ “o Poder Legislativo é mesmo o coração do Estado, para Rousseau, enquanto que o Poder Executivo é-lhe o cérebro; se o cérebro se paralisa e o coração funciona, ainda assim há vida, mas se o coração cessa suas funções, não há mais vida”

No Estado brasileiro o coração funciona muito mal. O cérebro não funciona.

O sopro de vida restante decorre, sem dúvida, do descomedido esforço da grande maioria dos aplicadores do direito, em sentido amplo, que de certa maneira ainda procuram estabelecer alguma ligação entre o ideal normativo e a já insuportável realidade prática.

Conforme Cesare Beccaria,⁽⁴⁴⁾ “em um povo forte e valoroso, a incerteza das leis é estrangida finalmente a substituir-se por uma legislação exata”

(43) “Teorias sobre a justiça” São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. pág. 175.

(44) Ob cit pág 93